Der Abholungsanspruch des § 867 BGB.

Inaugural-Dissertation

Zur Erlangung der Doktorwürde bei der
Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Albin Vester
Referendar in Leipzig

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Leipzig
Druck von Frankenstein & Wagner
1910

Inhaltsverzeichnis.

1. Kapitel.

Voraussetzungen des Anspruchs

§ 1.

Seite

Die Voraussetzung „Ist eine Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitz eines andern befindliches Grundstück gelangt". . 7

§ 2.

Die Voraussetzung „Sofern nicht die Sache inzwischen in Besitz genommen worden ist". 17

2. Kapitel.

§ 3.

Inhalt des Anspruchs 27

3. Kapitel.

§ 4.

Wem steht der Abholungsanspruch zu? 33

§ 5.

Gegen wen richtet sich der Abholungsanspruch? 36

4. Kapitel.

§ 6.

Wesen und Zweck des § 867 41

5. Kapitel.

§ 7.

Schadenersatz. Sicherheitsleistung 44

6. Kapitel.

§ 8.

Einreden gegenüber dem Abholungsanspruche 45

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545810_0125

Literaturverzeichnis.

Bartels, Ausführungen zur Besitzlehre des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts (begründet von Gruchot). Sechste Folge. 2. Jahrgang. Berlin 1898.

Bekker, Zur Reform des Besitzrechts. In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. 30. Jena 1891.

Bekker, Der Besitz beweglicher Sachen. In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. 34. Jena 1895.

Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Auflage. Berlin 1903.

Bunsen, Besitzschutz im Bürgerlichen Gesetzbuche. Archiv für bürgerliches Recht (herausgegeben von Kohler, Ring und Oertmann). Bd. 23. Berlin 1904.

Cosack, Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2. 4. Auflage. Jena 1904.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 3. Tübingen 1905.

Denkschrift zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1896.

Dernburg, Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preußens. 4. Auflage. Halle a. S. 1908.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 8. und 9. Auflage. Berlin 1905. 2 Bd.

Enneccerus, Kipp und Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1. Abteilung. 4. und 5. Auflage. Marburg 1909.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 nebst dem Einführungsgesetze vom 18. August 1896. 7. Auflage. München 1906.

Gaertner, Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust nach römischem und neuerem deutschen Recht. In Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts (herausgegeben von Leonhard). 4. Heft. Breslau 1901.

Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. 2. Leipzig 1905.

Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1897.

Kniep, Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuchs gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht. Jena 1900.

Kretzschmar, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Leipzig 1906.

Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze. Bd. 1. Berlin 1899.

Maenner, Das Sachenrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche und der Grundbuchordnung für das Deutsche Reich. 2. Auflage. München 1906.

Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 4. Auflage. Berlin 1900.

Meisner, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz. 3. Buch. Breslau 1901.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. 3. Berlin 1888.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. 1. Berlin 1909.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. 3. 3. Auflage. Berlin 1906.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung. Berlin 1899.

Schröder, Der Abholungsanspruch der §§ 867 und 1005 des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Leipziger Dissertation. Trier 1907.

v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche und dem Einführungsgesetze (erläutert von Kober). Bd. 3. 3./4. Auflage. München 1907.

Straßner, Der Abholungsanspruch des § 867 BGB. unter Berücksichtigung des Anspruchs aus § 1005 BGB. Leipziger Dissertation 1908.

Strohal, Der Sachbesitz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 38. Jena 1898.

Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen. 1. Bd. 3. Auflage. Paderborn 1906.

v. Wendt, Besitz und Besitzwille. In der Festschrift für die juristische Fakultät in Gießen zum Universitätsjubiläum. (Herausgegeben von Frank). Gießen 1907.

Die nicht näher bezeichneten Paragraphen sind solche des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

1. Kapitel.

Voraussetzungen des Anspruchs.

§ 1.

Die Voraussetzung „Ist eine Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitz eines andern befindliches Grundstück gelangt".

§ 867 stellt zwei Voraussetzungen für den Abholungsanspruch auf, die erste besteht darin, daß eine Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitz eines andern befindliches Grundstück gelangt ist, die andere darin, daß die Sache nicht inzwischen in Besitz genommen worden ist. Im folgenden soll zunächst die erste Voraussetzung behandelt werden.

§ 867 spricht von Fällen, in denen eine Sache auf ein im Besitz eines andern befindliches Grundstück ohne verbotene Eigenmacht von seiten des Grundstücksbesitzers gelangt ist. Denn im Falle verbotener Eigenmacht ist schon Selbsthilfe nach § 859 oder Klage aus § 861 gegeben. In Fällen, in denen die Sache durch verbotene Eigenmacht auf das Grundstück gelangt — z. B. der Grundstücksbesitzer stiehlt die Sache dem Sachbesitzer und verwahrt sie dann auf seinem Grundstücke — wäre der Anspruch aus § 867 also überflüssig, auch würde § 867 deshalb nicht anwendbar sein, weil nach der zweiten Voraussetzung, wie später näher dargelegt werden wird, der Abholungsanspruch nur geltend gemacht werden kann, wenn kein anderer den Besitz an der Sache erworben hat.

Eine Sache gelangt aus der Gewalt des Besitzers ohne verbotene Eigenmacht auf ein im Besitze eines andern befindliches Grundstück z. B. dadurch, daß der Wind jemandes Hut auf ein fremdes Grundstück treibt, Hühner sich in einen fremden Garten verlaufen, Bäume durch eine Überschwemmung fortgespült werden.

Man ist hier vor die Frage gestellt, ob dadurch, daß die Sache auf ein im Besitz eines andern befindliches Grundstück gelangt, Beendigung des Besitzes eintritt oder nicht. Hiermit hängt die weitere Frage, wann überhaupt Beendigung des Besitzes eintritt, zusammen. Diese Frage muß deshalb hier erörtert werden, weil von ihrer Beantwortung abhängt, ob im Falle einer späteren Inbesitznahme durch den Grundstücksbesitzer Besitzentziehung durch verbotene Eigenmacht vorliegt oder nicht. Sie ist auch insofern von Bedeutung, als manche Besitzfortdauer und manche Beendigung des Besitzes als Voraussetzung für den Abholungsanspruch betrachten; Näheres hierüber wird später ausgeführt werden.

Um diese Frage beantworten zu können, hat man zwischen Beendigung des unmittelbaren und des mittelbaren Besitzes zu unterscheiden.

Der unmittelbare Besitz wird gemäß § 856 durch Verlust der tatsächlichen Gewalt über die Sache, an der man Besitz hat, beendigt. Dieser Verlust tritt ein durch Untergang, durch Aufgabe der Sache, durch Entziehung derselben von seiten eines Dritten, bei beweglichen Sachen auch durch Verlieren, bei gezähmten Tieren dadurch, daß sie die Gewohnheit ablegen, an den ihnen bestimmten Ort zurückzukehren, bei wilden Tieren dadurch, daß sie sich der Verfolgung entziehen. Bei Sachen, die sich nicht im Gewahrsam des Besitzers befinden, kann die Aufgabe durch die ausdrückliche Erklärung des Besitzers, daß er die Sache, an der er Besitz hat, nicht mehr besitzen will, erfolgen.

Der unmittelbare Besitz wird nicht dadurch beendigt, daß der Besitzer die tatsächliche Gewalt nicht fortwährend ausübt, ja er behält gemäß § 856 Abs. 2 den Besitz sogar, wenn er verhindert ist, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben, vorausgesetzt, daß diese Verhinderung eine ihrer Natur nach vorübergehende ist. Z. B. der Bauer behält Besitz an seinen überschwemmten Wiesen, der Sträfling an den Möbeln in seiner Wohnung.

Der mittelbare Besitz wird durch Untergang der Sache, bei beweglichen Sachen auch dadurch, daß sie der unmittel-

bare Besitzer verliert, beendigt. Der mittelbare Besitz an gezähmten Tieren endet dadurch, daß sie die Gewohnheit ablegen, an den ihnen bestimmten Ort zurückzukehren, der mittelbare Besitz an wilden Tieren wird dadurch beendigt, daß sie sich der Verfolgung entziehen. Wird der unmittelbare Besitzer von einem Dritten seines Besitzes entsetzt, so kann dadurch der mittelbare Besitz beendigt werden, an Stelle des beendigten mittelbaren Besitzes ein neuer treten oder der bisherige mittelbare Besitzer Alleinbesitzer werden. Gibt der unmittelbare Besitzer den Besitz auf, so wird der mittelbare Besitzer unmittelbarer Besitzer, wenn die Sache dadurch in seine tatsächliche Gewalt kommt, sonst endet der mittelbare Besitz.

Bei Fortdauer des unmittelbaren Besitzes wird der mittelbare Besitz erstens dadurch beendigt, daß das zwischen dem unmittelbaren und dem mittelbaren Besitzer bestehende Rechtsverhältnis, auf dem der mittelbare Besitz beruht, vertragsmäßig aufgehoben wird, zweitens dadurch, daß der Herausgabeanspruch verjährt und der unmittelbare Besitzer mit Rücksicht hierauf die Herausgabe verweigert, drittens dadurch, daß der unmittelbare Besitzer das Eigentum an der Sache ersitzt, viertens dadurch, daß der unmittelbare Besitzer den mittelbaren Besitz praktisch nicht mehr anerkennt.

Gerät eine Sache des Besitzers auf ein in fremdem Besitz befindliches Grundstück, so behält entweder der Sachbesitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache oder er verliert sie.

Wenn z. B. ein abgerissener Telegraphendraht auf ein fremdes Haus fällt, so hat der Besitzer noch die Gewalt über die Sache, er ist auch nicht in der Ausübung derselben verhindert. Denn er kann den Draht vom Hause herüberziehen, ohne das fremde Grundstück betreten zu müssen.

Anders verhält es sich z. B., wenn ein Tier des Besitzers in einen fremden Garten entläuft, ohne zurückzukehren, wenn der Ball, mit dem das Kind spielt, in des Nachbars Hof fällt. Da hat der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sachen verloren; denn um die tatsächliche Gewalt über diese Sachen auszuüben, müßte er fremde Grundstücke betreten, das Betreten

derselben aber ist verbotene Eigenmacht. Diese Fälle unterscheiden sich von den oben genannten, in denen eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt vorliegt, dadurch, daß die tatsächliche Gewalt verloren ist, während sie dort noch besteht und der Besitzer nur verhindert ist, sie auszuüben. In den hier genannten Fällen ist demnach der Besitz an den auf das fremde Grundstück gelangten Sachen beendigt.

Anderer Meinung ist Strohal[1]). Nach seiner Ansicht wird der Besitz beendigt, wenn z. B. Sachen durch eine Überschwemmung meilenweit fortgerissen und auf ein fremdes Grundstück getragen werden, es liegt aber nur eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt vor und der Besitz dauert gemäß § 856 Abs. 2 fort, wenn die im Hofraume des A. aufgehängte Wäsche durch einen Windstoß in den Nachbarhof des B. getrieben wird.

Eine andere Auffassung hat auch Biermann[2]). Er nimmt Fortdauer des Besitzes an, z. B. wenn mir mein Hut auf ein offenes Grundstück durch den Wind entrissen wird, wenn die zum Trocknen aufgehängte Wäsche vom Wind auf das benachbarte offene Grundstück geweht wird, dagegen keine vorübergehende Verhinderung, sondern Besitzbeendigung bei umschlossenen Räumen, z. B. wenn spielende Kinder einen Ball durch das offen stehende Fenster in die Nachbarwohnung werfen. Es entsteht nun die Frage, ob § 867 nur anwendbar ist, wenn der Besitz dadurch, daß die Sache auf das fremde Grundstück geraten ist, beendigt ist oder nur, wenn er noch fortbesteht, oder in beiden Fällen, mag der Besitz noch fortbestehen oder nicht. Alle drei Ansichten sind in der Literatur vertreten.

Um diese Frage zu beantworten, hat man davon auszugehen, daß § 867 den Abholungsanspruch ausdrücklich an die Voraussetzung knüpft, daß die Sache aus der Gewalt des Besitzers gelangt ist, der Besitzer also die tatsächliche Gewalt

---

[1]) Vgl. Strohal S. 54. [2]) Vgl. Biermann S. 31.

über die Sache verloren hat. In diesen Fällen ist meines Erachtens der Abholungsanspruch gegeben, ganz unabhängig von der Frage, ob dadurch, daß die Sache auf das fremde Grundstück gelangt ist, der Besitz an der Sache beendigt ist oder nicht Dagegen hat der Besitzer keinen Abholungsanspruch, wenn die auf das Grundstück gelangte Sache noch in seiner Gewalt ist. Demnach ist bei dem oben erwähnten Beispiel mit dem abgerissenen Telephondraht, der auf ein in fremdem Besitze befindliches Haus gefallen ist, der Abholungsanspruch nicht gegeben. In einem derartigen Fall ist er auch überflüssig, da der Besitzer den Telephondraht vom fremden Grundstück herüberziehen kann, ohne es betreten zu müssen.

Anderer Meinung ist Biermann[1]). Wie schon oben erwähnt, nimmt er Fortdauer des Besitzes an, wenn die Sache des Besitzers auf ein fremdes offenes Grundstück gelangt, dagegen Beendigung des Besitzes, wenn sie in geschlossene Grundstücke gelangt Nach seiner Ansicht[2]) kann der Besitzer, dessen Besitz fortdauert, auf Grund seines noch bestehenden Besitzes die Sache von dem fremden Grundstück holen, ohne vorher die Erlaubnis des Grundstücksbesitzers einholen zu müssen. Nach ihm kann also der Besitzer, dessen Wäsche auf die offene Wiese des Nachbars gefallen ist, sich die Wäsche auch ohne Erlaubnis des Nachbars holen, er hat ihm aber den Schaden, der durch das Betreten der Wiese entstanden ist, zu ersetzen. Nur der Besitzer, dessen Besitz dadurch beendigt ist, daß die Sache auf ein fremdes Grundstück gelangt ist, muß nach Biermann die Gestattung von seiten des Grundstücksbesitzers haben, nur er hat den Abholungsanspruch; der Besitzer also, dessen Vogel in die Nachbarwohnung geflogen ist, kann den Vogel nur holen, wenn es ihm der Mieter gestattet.

Biermann begründet seine Ansicht, daß Besitzbeendigung Voraussetzung des Abholungsanspruches sei, damit, daß der Wortlaut des Gesetzes dafür spreche, da die Sache aus der Gewalt des Besitzers gelangt sein müsse. Meines Erachtens

---

[1]) Vgl. Biermann S. 32. [2]) Vgl. Biermann S. 32.

ist aber die Wäsche, die auf die Nachbarwiese geweht worden ist, ebenso aus der Gewalt des Besitzers gekommen wie der Vogel, der in die Nachbarwohnung geflogen ist. Auch gibt § 867 keinen Anhalt dafür, daß nur bei geschlossenen Grundstücken die Sache als aus der Gewalt gelangt zu betrachten ist. Ferner ist nicht einzusehen, weshalb der Sachbesitzer ein offenes Grundstück, d. h. ein solches, dessen Zugang frei ist, ohne Erlaubnis des Grundstücksbesitzers betreten darf, ein geschlossenes aber d. h. ein solches, dessen Zugang versperrt ist, nur mit Erlaubnis des Grundstücksbesitzers. Denn bei offenen wie bei geschlossenen Grundstücken wird letzterer durch das Betreten in seinem Besitz gestört, ein Betreten ohne seinen Willen ist verbotene Eigenmacht, soweit es nicht das Gesetz gestattet.

Biermann[1]) führt weiter zur Begründung seiner Behauptung, daß Beendigung des Besitzes Voraussetzung für die Geltendmachung des Abholungsanspruches sei, an, man käme sonst zu grotesken Konsequenzen, und erläutert dies durch folgendes Beispiel: Mein Hut ist wenige Schritt vom Wege entfernt auf ein offenes Grundstück getrieben worden, das dem Fiskus gehört. Ehe ich auch nur die zur Gestattung kompetente Behörde ermittelt habe, könnten Wochen vergehen, und wenn die Gestattung endlich einträfe, wäre der Hut längst verfault oder von einem Dritten entwendet.

Diese Ausführungen sind meines Erachtens keine genügende Begründung dafür, daß Beendigung des Besitzes Voraussetzung des Abholungsanspruches sein müsse. Denn die Gefahr, daß der betreffende Gegenstand verdirbt oder entwendet wird, kann ebenso bestehen, wenn der Sachbesitzer nicht mehr im Besitz ist, wie wenn er noch im Besitz ist.

Ebenfalls Besitzbeendigung setzt Matthiaß[2]) für die Anwendung des § 867 voraus. Er führt hierzu aus: „Tritt ein solcher (nämlich Besitzverlust) nicht ein, obwohl die Sache auf das fremde Grundstück gelangte, so ist ein Anspruch gegen den jetzigen Besitzer nach § 861 begründet."

---

[1]) Vgl. Biermann S. 32. [2]) Vgl. Matthiaß S. 17 Anm. 3.

Bartels[1]) hält den Besitz stets für beendigt, wenn eine Sache auf ein fremdes offenes oder geschlossenes Grundstück gerät, da das Betreten eines fremden Grundstücks nicht ohne weiteres freistehe. Daher hält auch er Besitzbeendigung für eine Voraussetzung des Abholungsanspruches.

Entgegengesetzter Ansicht ist Kniep[2]). Er setzt voraus, daß der Besitz noch fortdauert. Sei die Sache inzwischen in Besitz genommen, so sei die Besitzentziehungsklage nach § 861 gegeben. Er rät aber, da die Fortdauer des Besitzes leicht zweifelhaft sein könne, mit der Besitzaufsuchungsklage erforderlichenfalls die Besitzentziehungsklage zu verbinden.

Wie soll dann aber der Besitzer gestellt sein, dessen Besitz an der auf das Grundstück gelangten Sache beendigt ist? Soll er überhaupt keinen Anspruch auf Wiedererlangung der verlorenen Sache haben? Meines Erachtens gibt das Gesetz keinen Anhalt für die Annahme, daß der Besitz fortdauern müsse. Auch würde eine derartige Auffassung zu der Konsequenz führen, daß der Eigentümer, dessen Besitz beendigt ist, den Abholungsanspruch nach § 1005 hat, während ihn der Besitzer, dessen Besitz beendigt ist, nicht hat.

Sowohl bei Fortdauer als auch bei Beendigung des Besitzes ist der Abholungsanspruch gegeben nach v. Staudinger[3]), Cosack[4]), Planck[5]), Gierke[6]), Strohal[7]), Crome[8]).

Nach Dernburg[9]) ist nicht Voraussetzung, daß der Besitz des Besitzers beendigt ist oder nicht, sondern daß die unmittelbare Wiedergewinnung der Sache erschwert ist.

Ähnlich ist die Ansicht von Turnau-Förster[10]); sie wollen sowohl bei Fortdauer des Besitzes als auch bei Beendigung desselben § 867 angewendet wissen, jedoch nicht, wenn der Sachbesitzer die Sache wieder bekommen kann, ohne das Grundstück zu betreten.

Den Abholungsanspruch nach § 867 kann der Besitzer nur geltend machen, wenn die Sache auf das Grundstück eines andern

[1]) Vgl. Bartels S. 679. [2]) Vgl. Kniep S. 476. [3]) Vgl. v. Staudinger S. 49, [4]) Cosack Bd. 2 S. 92, [5]) Planck S. 59, [6]) Gierke, Deutsches Privatrecht, S. 254, [7]) Strohal S. 54, [8]) Crome S. 239, [9]) Dernburg S. 98. [10]) Vgl. Turnau-Förster S. 82.

gelangt ist, er hat ihn dagegen nicht, wenn die Sache, ehe sie auf das Grundstück gelangte, in den Besitz eines andern geraten war. Z. B. A. stiehlt dem B. ein Portemonnaie, entwischt damit glücklich, wirft es aber, nachdem er es geleert hat, wieder weg. Hier ist durch die Entziehung der Dieb Besitzer geworden, der Besitz des früheren Besitzers an dem Portemonnaie ist durch die Entziehung beendigt. Es kann somit nicht mehr davon die Rede sein, daß die Sache aus s e i n e r Gewalt auf das Grundstück gelangt ist, sondern das Portemonnaie ist aus der Gewalt des Diebes auf das Grundstück gekommen. Wenn daher der frühere Besitzer des Portemonnaies, der nach einigen Tagen erfährt, daß dasselbe auf dem Grundstücke liegt, den Abholungsanspruch geltend machen will, so kann er sich nicht auf § 867, sondern muß sich nach § 1005 auf sein Eigentum an der Sache stützen, falls er Eigentümer ist.

Dies führt zu der Konsequenz, daß der Abholungsanspruch nach § 1005 auch dann gegeben ist, wenn der Grundstücksbesitzer selbst der Dieb ist, der das Portemonnaie gestohlen und, nachdem er es geleert, in den Garten geworfen hat.

Dieser Fall ist zu unterscheiden von dem andern, in welchem der Grundstücksbesitzer die Sache in Besitz nimmt, nachdem sie auf das Grundstück gelangt ist, und sie nach der Besitzergreifung derelinquiert. Dieser Fall wird im nächsten Abschnitt behandelt werden.

In § 867 heißt es: „Ist eine Sache auf e i n G r u n d s t ü c k gelangt.“ Meines Erachtens kann § 867 analog angewendet werden, wenn der Gegenstand auf eine bewegliche Sache, z. B. ein Gefährt fällt.

Diese Ansicht vertreten auch v. Staudinger[1]), Neumann[2]), Maenner[3]), Planck[4]). Crome[5]), Matthiaß[6]), Enneccerus, Kipp und Wolff[7]), Turnau-Förster[8]), Fischer-Henle[9]) äußern sich nicht hierüber, Biermann[10]) stellt den Grundstücken nur die in § 95 genannten Sachen gleich.

[1]) Vgl. v. Staudinger S. 51, [2]) Neumann S. 660, [3]) Maenner S. 151 N. 8, [4]) Planck S. 60, [5]) Crome S. 238, [6]) Matthiaß S. 15, [7]) Enneccerus, Kipp und Wolff S. 41 Anm. 16, [8]) Turnau-Förster S. 81, [9]) Fischer-Henle S. 505, [10]) Biermann S. 31.

Wie oben erwähnt, greift in den Fällen, in denen eine Sache durch verbotene Eigenmacht auf ein im Besitz eines andern befindliches Grundstück gelangt — ich erinnere an das Beispiel, wo der Grundstücksbesitzer dem Sachbesitzer eine Sache stiehlt und sie auf seinem Grundstück verwahrt — nicht § 867, sondern § 859 und § 861 Platz. Abgesehen von diesen Fällen ist ohne Belang für die Anwendung des § 867 die Art und Weise, wie die Sache auf das Grundstück gelangt, ob durch eine Handlung des Sachbesitzers oder durch eine solche eines Dritten oder zufällig. Jedoch kann der Besitzer den Abholungsanspruch nicht geltend machen, wenn die Geltendmachung desselben nur den Zweck haben kann, einem andern Schaden zuzufügen (§ 226). Gelangt die Sache durch Verschulden des Sachbesitzers auf das Grundstück, so ist § 254 bei Ausmessung des Schadens zu berücksichtigen, wenn der Sachbesitzer vom Grundstücksbesitzer Schadenersatz deshalb verlangt, weil dieser ihm schuldhaft die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache nicht gestattet hat.

Die Art und Weise, wie die Sache aus der Gewalt gelangt, ist nur insofern von Einfluß, als der Besitzer den Abholungsanspruch verliert, wenn er den Besitz der Sache aufgegeben hat. Er hat z. B. die Sache weggeworfen, weil er glaubte, er könne sie nicht mehr gebrauchen, den Hund laufen lassen, um keine Hundesteuer mehr bezahlen zu müssen. Wenn er dann hinterher seine Ansicht ändert, die Sache doch noch für gebrauchsfähig hält, den Hund doch noch versteuern will, so kann er nicht die Gestattung der Aufsuchung und Wegschaffung der Sache verlangen. Denn es liegt offenbar nicht im Sinne des § 867, jemandem den Abholungsanspruch zu gewähren, der den Besitz an der Sache freiwillig aufgegeben hat. Daher könnte der Sachbesitzer in diesem Fall auch keinen Schadenersatz verlangen, wenn der Grundstücksbesitzer die Abholung nicht gestattet. Die Besitzaufgabe würde im Prozesse über den Schadensersatzanspruch der Grundstücksbesitzer zu beweisen haben.

Gleicher Ansicht sind auch v. Staudinger[1]), Planck[2]), aber sie schließen diese Ausnahme analog aus § 1007 Abs. 3.

[1]) Vgl. v. Staudinger S. 49, [2]) Planck S. 59.

Diese Besitzaufgabe bedeutet die gewollte Beendigung des Besitzes. Hier entsteht die Frage, ob ein Geschäftsunfähiger oder ein beschränkt Geschäftsfähiger den Besitz aufgeben kann, z. B. ein Kind an dem Ball, den es in den Garten wirft, der Minderjährige an der Brieftasche, die er von sich wirft. Über diese Frage herrscht in der Literatur Streit. Sowohl die Ansicht, daß die Besitzaufgabe ein Rechtsgeschäft ist, wie die, daß sie kein Rechtsgeschäft ist, ist in der Literatur vertreten. Die Beantwortung dieser Frage hängt meines Erachtens davon ab, ob man den Besitz als Recht oder Herrschaft über die Sache in rein tatsächlichem Sinne betrachtet. Im ersteren Falle ist die Besitzaufgabe als Rechtsgeschäft zu betrachten, man würde also nach § 104 die Besitzaufgabe eines Geschäftsunfähigen als nichtig und die eines beschränkt Geschäftsfähigen nach §§ 107, 111, da er dadurch nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters als unwirksam zu betrachten haben.

Diese Besitzaufgabe wird meist in einem äußerlich sichtbaren Vorgange bestehen, z. B. im Wegwerfen der Sache, Öffnen des Käfigs. Durch diesen Vorgang muß das Gewaltsverhältnis über die Sache gelöst sein. Denn wenn ich z. B. einen Brief, den ich gelesen habe, in einen in meiner Wohnstube stehenden Papierkorb werfe, so bleibe ich trotzdem Besitzer. Nicht genügt zur Besitzaufgabe in den meisten Fällen eine bloße Willenserklärung. Wenn ich z. B. einem andern bezüglich eines in meinem Besitze befindlichen, in meiner Wohnstube stehenden Möbelstücks erkläre, daß ich das Möbelstück nicht mehr haben will, weil es mir nicht mehr gefällt, so bleibe ich trotzdem noch Besitzer des Möbelstücks.

Meines Erachtens kommt der Besitz hier als rein tatsächliche Beziehung in Betracht, die Besitzaufgabe ist demnach kein Rechtsgeschäft, erfordert keine Geschäftsfähigkeit. Jedoch ist sie stets eine Handlung, erfordert also immer einen Willen, es genügt aber ein den Umständen entsprechender tatsächlicher Wille, der zwar eine gewisse Geistesentwicklung und das Verständnis von der Bedeutung einer rein tatsächlichen Besitzauf-

gabe, nicht aber die geistige Reife eines Geschäftsfähigen voraussetzt.

Bisweilen genügt die bloße Willenserklärung ohne einen äußeren Vorgang zur Besitzaufgabe. Z. B. der Besitzer eines Grundstücks hat gemäß § 854 Abs. 2 den Besitz an dem Grundstücke erlangt. Da ist der Besitzer zunächst bloß in der Lage, die tatsächliche Gewalt über das Grundstück auszuüben, er hat sie aber noch nicht erlangt. Wenn er nun, bevor er sich die tatsächliche Gewalt über das Grundstück verschafft, erklärt, daß er den Besitz an demselben aufgibt, so bedeutet diese Besitzaufgabe nicht ein Lösen des tatsächlichen Gewaltsverhältnisses, sondern einen Verzicht auf den Besitz als Recht, daher ein Rechtsgeschäft. Nur in diesen Fällen, in denen die bloße Willenserklärung zur Besitzaufgabe genügt, erfordert sie Geschäftsfähigkeit.

Einen rechtsgeschäftlichen Willen halten zur Besitzaufgabe erforderlich Fischer-Henle[1]), Dernburg[2]), Endemann[3]), nur einen rein tatsächlichen Gierke[4]), Cosack[5]), Biermann[6]); Planck[7]) faßt die Besitzaufgabe nicht als Rechtsgeschäft auf, sondern als eine Rechtshandlung, auf welche die Vorschriften über Rechtsgeschäfte entsprechend anwendbar sind.

§ 2.

Die Voraussetzung „Sofern nicht die Sache inzwischen in Besitz genommen worden ist".

Es entsteht hier zunächst die Frage: „Ist die Sache dadurch, daß sie auf ein in fremdem Besitze befindliches Grundstück gelangt ist, in den Besitz des Grundstücksbesitzers gekommen?"

Aus dem Wortlaut des § 867 „sofern nicht die Sache inzwischen in Besitz genommen ist", geht hervor, daß das Gesetz

[1]) Vgl. Fischer-Henle S. 499. [2]) Dernburg S. 74. [3]) Endemann S. 222. [4]) Gierke, Deutsches Privatrecht, S. 243. [5]) Cosack S. 96. [6]) Biermann S. 12. [7]) Planck S. 38.

davon ausgeht, daß kein Besitz durch das bloße Gelangen der Sache auf das Grundstück erworben wird, und zwar macht das Gesetz keinen Unterschied, ob das Grundstück ein offenes oder geschlossenes ist.

Meines Erachtens gibt es aber Fälle, in denen die Sache durch das Gelangen auf das Grundstück in den Besitz des Grundstücksbesitzers kommt. Z. B. eine Taube fliegt in die vom Nachbar auf seinem Hofe aufgestellte Taubenfalle, der Hund des Grundstücksbesitzers, der darauf abgerichtet ist, Schwemmholz zu fischen und ans Ufer zu tragen, schleppt es herbei.

Es sollen daher an dieser Stelle die Möglichkeiten des Besitzerwerbs überhaupt erörtert werden. Man hat hierbei zwischen Erwerb des unmittelbaren und des mittelbaren Besitzes und bei Erwerb des unmittelbaren Besitzes zwischen einseitigem und zweiseitigem Besitzerwerb zu unterscheiden.

Einseitig, d. h. ohne Mitwirkung des bisherigen Besitzers wird der unmittelbare Besitz nach § 854 Abs. 1 durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben. Es ist also nicht mehr wie nach römischem Rechte *animus*, d. h. Besitzerwerbswille erforderlich. Ein solcher kommt nur soweit in Betracht, als er eben zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache notwendig ist, ein selbständiges Erfordernis des Besitzerwerbs neben der tatsächlichen Gewalt ist er aber nicht mehr. So erwerbe ich Besitz an Sachen, die mir zugesteckt sind, an Briefen, die in meinen an der Tür angebrachten Briefkasten gesteckt sind, auch wenn ich nichts davon weiß oder sie nicht besitzen will.

Der unmittelbare Besitz wird demnach einseitig dadurch erworben, daß eine tatsächliche Beziehung zwischen Person und Sache hergestellt wird, durch die nach der allgemeinen Verkehrsauffassung die Person die Sache beherrscht. Wann der Besitz im Einzelfall erworben ist, hängt wie die Beendigung des Besitzes von der Verkehrsauffassung und den Lebensverhältnissen ab.

Der gleichen Ansicht, daß der Erwerbswille kein selbständiges Erfordernis des Besitzerwerbs, sondern ein solcher ohne einen

entsprechenden Willen möglich ist, sind auch Strohal[1]), Crome[2]), Bekker[3]), Biermann[4]), Planck[5]).

Nach Gierke[6]) steht zwar der Wille auch nicht als selbständiger Bestandteil neben der tatsächlichen Gewalt, aber diese kann nur durch einen auf die Erlangung derselben gerichteten Willen erworben werden. Dieser Willensentschluß braucht nicht erst im Einzelfall gefaßt zu werden, sondern kann schon im voraus als allgemeiner Besitzerwerbswille bestehen. Auf Grund eines solchen erwirbt nach Gierke der Schlafende Besitz an den in den Briefkasten gesteckten Zeitungen, an der bestellten Ware, die überbracht wird, an dem gestohlenen Hund, der ins Haus zurückläuft. Ohne einen entsprechenden Willen, sei es spezieller oder allgemeiner Natur, besteht nach ihm bloß „Inhabung" oder „Gewahrsam". So hat nach ihm der Säugling, der die goldene Uhr packt, der Fieberkranke, der das Messer des Arztes an sich reißt[7]), nur Gewahrsam. Wissen verlangt Gierke nicht zum Besitzerwerb, so daß also der Reisende Besitz erwirbt an dem bestellten Anzuge, der in der Wohnung abgeliefert wird, während sich der Reisende auf der Reise befindet, an den Kohlen, die erhaltenem Auftrage gemäß vor seiner Tür abgeladen werden. Man erwirbt Besitz an den Eiern, die das Huhn legt, an dem Kalb, das die Kuh wirft, an den Äpfeln, die vom Baume fallen, auch wenn man nicht weiß, daß dies geschehen ist.

Cosack[8]) verlangt, daß ein natürlicher Besitzerwerbswille vorhanden ist oder wenigstens als selbstverständlich anzunehmen ist. Letzteres nimmt er z. B. an, wenn einem Kinde heimlich von einem Paten Geld in die Sparbüchse gesteckt wird.

Noch weiter geht v. Wendt[9]). Er verlangt nicht nur Besitzerwerbswillen zum Besitzerwerb, sondern auch Wissen abgesehen von den Fällen der §§ 857, 911. Nach ihm würde also jemand, der eine Falle aufgestellt hat, um Wild zu fangen,

---

[1]) Vgl. Strohal S. 66, [2]) Crome S. 39 Anm. 21, [3]) Bekker Bd. 30 S. 236, [4]) Biermann S. 5, [5]) Planck S. 31, [6]) Gierke, Deutsches Privatrecht, S. 228, 229. [7]) Vgl. Gierke, Deutsches Privatrecht, S. 229, [8]) Cosack Bd. 2 S. 69, [9]) v. Wendt S. 87.

nicht schon Besitz erwerben, wenn das Wild in die Falle geht, sondern erst, wenn er das Wild aus der Falle heraus- und an sich nimmt. An dem in den Briefkasten gesteckten Briefe erlangt man erst Besitz, wenn man erfährt, daß er in den Briefkasten gesteckt worden ist, ebenso an den in den Rock gesteckten Sachen erst, wenn man in den Rock hineingreift und merkt, daß sie hineingesteckt worden sind. Bis dahin besteht an dem Briefe, an den in den Rock gesteckten Sachen nur eine unbewußte und ungewollte Inhabung, die nur einen vorübergehenden Zustand bedeutet und keines besonderen Schutzes bedarf.

Der unmittelbare Besitz wird zweiseitig, d. h. mit Mitwirkung des bisherigen Besitzers nach § 854 Abs. 2 durch Einigung zwischen dem bisherigen Besitzer und dem Erwerber erworben, vorausgesetzt, daß der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben.

Der mittelbare Besitz kann dadurch erworben werden, daß der bisherige unmittelbare Besitzer den unmittelbaren Besitz einem andern überläßt, der zu ihm in ein Verhältnis der im § 868 bezeichneten Art tritt. Dann wird der Überlassende mittelbarer Besitzer, der andere unmittelbarer.

Ferner kann mittelbarer Besitz dadurch erworben werden, daß ein bevollmächtigter Stellvertreter für mich Besitz erwirbt.

Auch dadurch entsteht mittelbarer Besitz, daß der bisherige unmittelbare Besitzer zwar seinen Besitz behält, aber mit einem andern ein Rechtsverhältnis vereinbart, vermöge dessen der andere den mittelbaren Besitz erlangt (*constitutum possessorium*).

Schließlich kann mittelbarer Besitz noch dadurch erworben werden, daß der bisherige mittelbare Besitzer einem andern seinen Herausgabeanspruch gemäß § 870 abtritt.

Gerät eine Sache auf ein in fremdem Besitz befindliches Grundstück, so genügt meines Erachtens nach ein bloßes Gelangen der Sache auf das Grundstück nicht, eine gefestigte Herrschaft des Grundstücksbesitzers über die Sache zu begründen, obwohl es Fälle gibt, in denen der Besitz ohne Erwerbswillen, sei es spezieller oder allgemeiner Natur, erworben wird. Die

Sache tritt dadurch bloß in eine räumliche Beziehung zum Grundstücksbesitzer. Besitz wird also dadurch allein nicht erworben.

Gleicher Ansicht sind z. B. auch Gierke[1]), Strohal[2]), v. Wendt[3]).

Eine Ausnahme bildet § 911, wonach Früchte, die von einem Baum oder Strauch auf ein Nachbargrundstück hinüberfallen, als Früchte dieses Grundstücks gelten, wenn es nicht dem öffentlichen Gebrauche dient. In diesen Fällen genügt also das bloße Herabfallen der Früchte auf das Nachbargrundstück, dem Nachbar das Eigentum und auch den Besitz zu verschaffen. Der Besitzer des Nachbargrundstücks soll daran geradeso Besitz erwerben wie an Früchten, die auf seinem Grundstück gewachsen sind.

Der Besitzerwerb an einer auf das Grundstück gelangenden oder gelangten Sache setzt vielmehr eine Betätigung des Besitzerwerbswillens voraus. Diese Betätigung liegt z. B. darin, daß der Besitzer des Grundstücks seinen Hund abrichtet, angeschwemmtes Holz herbeizuschaffen, daß er eine Falle aufstellt, um Tauben zu fangen.

Die oben erwähnten Fälle, in denen die Sache durch das Gelangen auf das Grundstück in den Besitz des Grundstücksbesitzers kommt, fallen meines Erachtens nicht unter § 867, da eben § 867 voraussetzt, daß die Sache durch das Gelangen auf das Grundstück noch nicht in den Besitz des Grundstücksbesitzers gekommen ist.

Streit herrscht in der Literatur darüber, was im § 867 die Worte „in Besitz genommen worden ist" bedeuten.

Biermann[4]) hält eine Inbesitznahme, auch nachdem der Besitz erworben ist, für möglich und versteht darunter stets eine Handlung des Grundstücksbesitzers, ein Ergreifen der auf dem Grundstück befindlichen Sache durch diesen. Diese Ansicht teilt auch Gärtner[5]).

Anderer Ansicht ist die herrschende Meinung[6]), der auch ich mich anschließe. Sie geht dahin, daß in § 867 mit den Worten

[1]) Vgl. Gierke, Deutsches Privatrecht, S. 229, [2]) Strohal S. 67, [3]) v. Wendt S. 87. [4]) vgl. Biermann S. 32, [5]) Gärtner S. 196, [6]) vgl. Strohal S. 53, Matthiaß S. 17, Crome S. 239 Anm. 10, Planck S. 59, Endemann S. 190.

„sofern nicht die Sache inzwischen in Besitz genommen worden ist“ nichts anderes gesagt ist als mit den Worten „sofern nicht inzwischen von einem andern Besitz an der Sache erworben ist“.

Dieser Besitzerwerb wird allerdings meist in einer Handlung des Grundstücksbesitzers bestehen, vorausgesetzt, daß die Sache dadurch, daß sie auf das Grundstück geraten ist, noch nicht in dessen Besitz geraten ist. Z. B. der Grundstücksbesitzer hebt den Ball, den die Kinder in den Hof geworfen haben, auf und steckt ihn ein, er legt die angeschwemmten Balken zum Bearbeiten zurecht, er ergreift den herübergefallenen Hut und setzt ihn selbst auf.

Der Besitz kann aber auch ohne eine solche Handlung erworben werden. Z. B. die Taube des Nachbars, die längere Zeit auf dem Grundstück umhergelaufen ist, fliegt in die aufgestellte Taubenfalle, der Hund, der zum Apportieren von Gegenständen abgerichtet ist, trägt das auf dem Grundstück angeschwemmte Holz auf Weisung seines Herrn in die Wohnstube. In diesen Fällen erwirbt der Grundstücksbesitzer in dem Augenblick den Besitz, in welchem die Taube in die Falle geht, der Hund das Holz in die Wohnung trägt, also nicht durch eine Handlung.

v. Wendt[1]) führt aus, daß, bevor die Sache nicht durch selbständige Handlung in Besitz genommen sei, Besitz daran noch nicht vorliege, und folgert gerade aus § 867, daß das Gesetz vor der Inbesitznahme nur eine unbewußte Inhabung annimmt und dadurch bestätigt, daß zum Besitzerwerb Wissen und Wille gehört.

Nicht nur in den Fällen, in denen der Grundstücksbesitzer durch eine Handlung den Besitz an der auf sein Grundstück gelangten Sache erlangt, sondern auch in denen, in welchen er ihn ohne eine Handlung erwirbt, ist meines Erachtens der Abholungsanspruch ausgeschlossen. Diese Auffassung ergibt sich aus dem Gedanken, der meiner Ansicht nach dem § 867 zugrunde

---

[1]) vgl. v. Wendt S. 85.

liegt. Gelangt die Sache aus der Gewalt des bisherigen Besitzers und ist ein anderer Besitzer geworden, so muß der Erwerber in seinem Besitz geschützt werden, er braucht die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache nicht zu gestatten, der bisherige Besitzer kann aber die Sache durch Klage aus § 861, wenn sich der Besitzerwerb als verbotene Eigenmacht darstellt, sonst durch Klage aus § 1007 herausverlangen. Ist die Sache dagegen nicht in den Besitz eines andern gekommen, so soll § 867 dem bisherigen Besitzer ein Mittel an die Hand geben, die auf ein in fremdem Besitze befindliches Grundstück geratene Sache wiederzuerlangen. Ohne § 867 wäre es in diesem Fall unmöglich, die Sache wiederzubekommen, da dazu das Betreten des Grundstücks notwendig, das Betreten eines in fremdem Besitze befindlichen Grundstücks aber verbotene Eigenmacht ist.

Biermann[1]) führt hiergegen aus: Der Grund, daß in § 867 dem früheren Besitzer der Abholungsanspruch versagt sei, wenn die Sache in Besitz genommen worden sei, könne nicht darin liegen, daß dann der frühere Besitzer dem gegenwärtigen gegenüber des Abholungsanspruches zu seinem Schutze nicht bedürfe; denn dann müßte dieser auch wegfallen, wenn die Sache dadurch, daß sie auf das Grundstück geraten sei, in den Besitz des Grundstücksbesitzers gekommen sei. Dies sei aber nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht der Fall: denn der Abholungsanspruch sei nur ausgeschlossen, wenn die Sache „inzwischen", also nachdem sie auf das Grundstück gelangt sei, in Besitz genommen worden sei. Allerdings ist der mit „inzwischen" bezeichnete Zeitraum erst von der Zeit n a c h dem Gelangen der Sache auf das Grundstück zu rechnen[2]) und gehören die Fälle, in denen die Sache durch das Gelangen auf das Grundstück in den Besitz des Grundstücksbesitzers kommt, nicht unter die Ausnahme „sofern nicht die Sache inzwischen in Besitz genommen worden ist". Allein auf diese Fälle findet § 867 deshalb keine Anwendung, weil, wie schon oben erwähnt ist, § 867 voraussetzt, daß die Sache durch das Gelangen auf das Grundstück noch nicht in den Besitz des Grundstücksbesitzers gekommen ist.

[1]) Vgl. Biermann S. 32, [2]) Planck S. 59.

Zu „inzwischen" möchte ich noch bemerken, daß auch der Zeitpunkt, in dem der Abholungsanspruch geltend gemacht wird, außerhalb des mit „inzwischen" bezeichneten Zeitraums liegen muß. Denn gerade zwischen diesem Zeitpunkt und dem, in welchem die Sache auf das Grundstück gelangt, soll die Inbesitznahme liegen, die den Abholungsanspruch ausschließt.

Von dem oben erwähnten Grundgedanken ausgehend, komme ich zu der Ansicht: Der Anspruch des § 867 besteht, solang nicht Besitz an der Sache erworben ist. In diesem Sinne äußern sich auch die Kommissionsprotokolle[1]): Die Mehrheit beschloß, im Anschluß an den Antrag 3[2]) zum Ausdruck zu bringen, daß der Eigentümer bzw. der frühere Besitzer der beweglichen Sache die in § 867 Abs. 1 bezeichneten Handlungen nur vornehmen dürfe, solang die Sache nicht in den Besitz eines andern, sei es des Grundstückseigentümers, sei es eines Dritten, gelangt ist, daß er sie also nicht vornehmen dürfe, wenn der Besitzer des Grundstücks die auf diesem befindliche Sache in seinen Besitz genommen hat.

Jedenfalls geht soviel aus den Protokollen hervor, daß sie den Abholungsanspruch ausgeschlossen wissen wollen, wenn die Sache in Besitz genommen worden ist, weil dann die Voraussetzungen der Klage aus § 1007 oder, falls der frühere Besitzer zugleich Eigentümer war, die der *rei vindicatio* gegeben sind, diese sind aber ebenso vorhanden, wenn der Besitz an der Sache ohne eine Handlung erworben wird, wie wenn er durch eine solche erworben wird.

Im 1. Entwurf war die Ausnahme „sofern nicht die Sache inzwischen in Besitz genommen worden ist" nicht ausdrücklich erwähnt. Dort hieß es bloß: „Der Eigentümer eines Grundstücks, auf dessen Gebiete eine fremde bewegliche Sache sich befindet, hat dem Eigentümer oder bisherigen Inhaber der

---

[1]) Vgl. Prot. S. 166, [2]) Antrag 3 lautet: Befindet sich auf einem Grundstücke eine fremde bewegliche Sache, so ist der Eigentümer wie der Besitzer des Grundstücks verpflichtet, dem Eigentümer oder dem bisherigen Besitzer der Sache die zur Aufsuchung und Wegschaffung derselben erforderlichen Handlungen zu gestatten, es sei denn, daß er den Besitz an der Sache erworben hat.

letzteren die zur Aufsuchung, Erlangung und Fortschaffung der Sache erforderlichen Handlungen zu gestatten." Daß aber die Motive den Abholungsanspruch für ausgeschlossen hielten, wenn die Sache in die Gewalt eines andern gekommen war, geht aus folgender Stelle[1]) hervor: Liegt nicht nur ein zuständliches Sichbefinden der beweglichen Sache in fremdem Gebiete vor, sondern ist dieselbe in der Inhabung einer andern Person, so hat der Eigentümer derselben nach den Vorschriften über den Herausgabeanspruch gegen den Inhaber oder Besitzer der Sache weitergehende Ansprüche und die hier gegebene Vorschrift kommt nicht in Betracht."

Der 1. Entwurf versteht unter „Inhabung" die tatsächliche Gewalt der Person über die Sache, unter „Besitz" den Eigenbesitz des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Aus der erwähnten Stelle geht hervor, daß die Motive den Abholungsanspruch nicht von einer Handlung, durch welche die Gewalt über die Sache erworben wird, sondern von einem Sichbefinden in dieser Gewalt abhängig machen.

Bemerkt sei noch, daß auch Turnau-Förster wie Gärtner und Biermann die Inbesitznahme stets für eine Handlung halten und erst von der erfolgten Inbesitznahme an den Abholungsanspruch für ausgeschlossen halten. Sie behaupten[2]), der Eigentümer des Grundstücks erlange in der Regel schon dadurch den Besitz an der Sache, daß diese auf das Grundstück gelange. Das reiche aber zur Ausschließung des Anspruchs auf Gestattung nicht aus, vielmehr sei dazu die Inbesitznahme, also eine Handlung, erforderlich.

Neumann[3]), v. Staudinger[4]), Dernburg[5]), Gierke[6]) äußern sich nicht darüber, ob der Abholungsanspruch nur im Falle einer Besitzerwerbshandlung oder durch Besitzerwerb überhaupt ausgeschlossen sein soll.

Der Abholungsanspruch wird in gleicher Weise durch Besitzerwerb ausgeschlossen, mag nun der Besitzerwerb durch den Grundstücksbesitzer oder einen Dritten erfolgen.

---

[1]) Vgl. Motive S. 298. [2]) Vgl. Turnau-Förster S. 82 Nr. 5. [3]) Vgl. Neumann S. 660, [4]) v. Staudinger S. 49, [5]) Dernburg S. 98, [6]) Gierke, Deutsches Privatrecht, S. 254.

Verschiedene Meinungen bestehen in der Literatur darüber, ob nur die petitorischen Klagen auf Grund des Eigentums, Nießbrauchs, eines besseren Rechts zum Besitz nach § 1007 usw. oder auch die Besitzklage nach 861 und das Selbsthilferecht nach § 859 Abs. 2 gegeben sind, wenn die Sache in Besitz genommen wird, nachdem sie auf das Grundstück gelangt ist. Wie oben ausgeführt, setzt § 867 voraus, daß der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache verloren hat, sein Besitz daran beendigt ist. Daher kann ihm derselbe nicht entzogen werden und ist somit ein Selbsthilferecht nach § 859 Abs. 2 und eine Besitzklage nach § 861 ausgeschlossen.

Auch nach der Denkschrift[1]) und nach Biermann[2]) greifen nur die petitorischen Ansprüche Platz.

Schröder[3]) steht auf dem Standpunkte, daß der Besitz an der Sache nicht dadurch beendigt zu sein braucht, daß sie auf das fremde Grundstück geraten ist. Trotzdem hat nach ihm der Sachbesitzer, falls die Sache vom Grundstücksbesitzer oder einem Dritten in Besitz genommen wird, gegen den Erwerber nur einen Anspruch auf Herausgabe der Sache auf Grund eines ihm etwa zustehenden Rechts an der Sache oder eines besseren Rechts zum Besitz, nicht aber ein Selbsthilferecht nach § 859 oder eine Besitzklage nach §§ 861, 862, weil der Grundstücksbesitzer bzw. der Dritte den Besitz an der Sache nicht durch verbotene Eigenmacht erlange[4]).

Nach Neumann[5]) kann sich die Inbesitznahme als verbotene Eigenmacht darstellen, nach ihm sind in diesem Falle die Vorschriften über den Besitzschutz (§ 859 bis § 864) entsprechend anwendbar.

Nach Fischer-Henle[6]) und Strohal[7]) kann an der auf das Grundstück gelangten Sache durch die Inbesitznahme verbotene Eigenmacht verübt werden, sie halten dann die Klage aus § 861 für gegeben, ein Selbsthilferecht nach § 859 erwähnen sie nicht.

---

[1]) Vgl. Denkschrift S. 114, [2]) Biermann S. 33, [3]) Schröder S. 22. [4]) Vgl. Schröder S. 26, [5]) Neumann S. 660, [6]) Fischer-Henle S. 506, [7]) Strohal S. 55.

Schließlich sei noch erwähnt, daß, wenn der Grundstücksbesitzer oder ein Dritter die in Besitz genommene Sache wegwirft, der Sachbesitzer dann wieder den Abholungsanspruch hat, da ihm jetzt kein Besitzer mehr gegenübersteht. Durch die Besitzaufgabe von seiten des Grundstücksbesitzers oder des Dritten wird der frühere Zustand wiederhergestellt.

2. Kapitel.

§ 3.

Inhalt des Anspruchs.

§ 867 lautet: „Der Besitzer des Grundstücks hat die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache zu gestatten, d. h. der Besitzer des Grundstücks ist verpflichtet, die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache zu gestatten, nicht räumt das Gesetz damit dem Besitzer, dessen Sache auf das Grundstück gelangt ist, ein Recht zur Eigenmacht ein. Gestattet der Grundstücksbesitzer die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache nicht, so kann er sich schadenersatzpflichtig machen, aber der Sachbesitzer darf nicht eigenmächtig seine Sache holen.

Würde das Gesetz dem Sachbesitzer ein Recht zur Eigenmacht haben einräumen wollen, so würde es sich etwa folgendermaßen ausgedrückt haben: „Der Sachbesitzer ist berechtigt, das Grundstück zum Zwecke der Aufsuchung und Wegschaffung der Sache zu betreten" oder wie in § 904 „der Grundstücksbesitzer ist nicht berechtigt, die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache zu verbieten" oder wie in § 229 „der Sachbesitzer handelt nicht widerrechtlich, wenn er die Sache auf dem fremden Grundstück aufsucht und wegschafft."

Schwierigkeiten bereitet der Begriff „gestatten". Es fragt sich, ob „gestatten" im Sinne von „dulden" aufzufassen ist, so daß also der Sachbesitzer das Grundstück betreten darf, ohne die Erlaubnis einholen zu müssen, oder so, daß er das Grundstück nur mit Erlaubnis des Grundstücksbesitzers betreten darf.

Beide Ansichten sind in der Literatur vertreten.

Für die Beurteilung dieser Frage hat man meines Erachtens davon auszugehen, daß das Aufsuchen und Wegschaffen der Sache ohne Willen des Grundstücksbesitzers einen Eingriff in eine fremde Machtsphäre bedeutet. Der Grundstücksbesitzer braucht nicht zu dulden, daß ein anderer sein Grundstück betritt, nur e r hat die Verfügungsmacht über dasselbe. Will ein anderer das Grundstück betreten, so muß er den Besitzer um Erlaubnis fragen. Erst wenn dieser das Betreten des Grundstücks gestattet, kann der Sachbesitzer die Sache holen. Da nun aber im vorliegenden Falle der Dritte ein berechtigtes Interesse hat, das Grundstück zu betreten, so stellt es das Gesetz nicht in das Belieben des Grundstücksbesitzers, die Erlaubnis zu erteilen oder nicht, sondern verpflichtet ihn dazu, wenn es sagt: „Er h a t zu gestatten." Ja, es macht ihn sogar, wie später näher ausgeführt werden wird, schadenersatzpflichtig, wenn er schuldhaft die erbetene Erlaubnis nicht erteilt.

Macht man die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache nicht von einer erteilten Erlaubnis abhängig, so weiß der Grundstücksbesitzer in zahlreichen Fällen garnicht, wer die Sache geholt hat, und also auch nicht, von wem er Ersatz des durch die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache entstehenden Schadens verlangen soll. Er würde ja in den meisten Fällen den Schaden erst geraume Zeit nach der Abholung entdecken.

Weiter ist zu erwägen, daß der Grundstücksbesitzer nach § 867 berechtigt ist, Sicherheitsleistung zu verlangen, wenn die Entstehung eines Schadens zu besorgen ist. Dies kann er aber nur dann tun, wenn er weiß, daß jemand eine Sache auf dem Grundstücke holen will. Diese Bestimmung würde also zwecklos sein, wenn ohne Erlaubnis des Grundstücksbesitzers das Betreten des Grundstücks gestattet wäre, abgesehen von den Fällen, in denen er sieht oder erfährt, daß jemand eine Sache dort holen will.

Aus den angeführten Gründen bin ich der Ansicht, daß der Besitzer die Sache nicht ohne weiteres holen, sondern dies nur mit Erlaubnis des Grundstücksbesitzers tun darf. Dieser ist aber verpflichtet, die Erlaubnis zu erteilen, abgesehen von den

Fällen, in denen die Entstehung eines Schadens zu besorgen und ihm noch keine oder keine genügende Sicherheit geleistet ist. Allein auch in diesen Fällen hat er die Erlaubnis zu erteilen, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist.

Meines Erachtens würde auch das Gesetz, wenn es dem Grundstücksbesitzer ein passives Verhalten, nicht eine Handlung zur Pflicht hätte machen wollen, den Ausdruck „dulden", den es ja so oft gebraucht, um eine Duldungspflicht auszudrücken, wie z. B. in §§ 912, 917 gebraucht oder sich in negativem Sinne, wie z. B. in §§ 904, 906, ausgedrückt haben.

Nicht notwendig ist, daß die Erlaubnis ausdrücklich erteilt wird. Wenn also z. B. der Grundstücksbesitzer, der sich zufällig auf dem Grundstücke befindet, zusieht, wie der Sachbesitzer sich die Sache holt, die auf das Grundstück geraten ist, ohne es zu verbieten, so ist darin eine Gestattung zu erblicken.

Eine Ausnahme des § 867 enthält § 962. Darnach darf der Eigentümer eines Bienenschwarmes bei Verfolgung desselben ohne Erlaubnis der Grundstücksbesitzer fremde Grundstücke betreten. Ist der Schwarm in eine fremde, nicht besetzte Bienenwohnung eingezogen, so darf der Eigentümer des Schwarms zum Zwecke des Einfangens die Wohnung öffnen und die Waben herausnehmen oder herausbrechen. Er hat den entstehenden Schaden zu ersetzen. Was durch § 962 dem Eigentümer des Bienenschwarmes erlaubt ist, ist zweifellos auch dem Besitzer desselben erlaubt.

„Gestatten" im Sinne von „Erlaubnis erteilen" faßt auch v. Staudinger[1]) auf, er sieht jedoch vom Einholen einer Erlaubnis für den Fall ab, daß das Betreten des Grundstücks mit unverhältnismäßigen Weitläufigkeiten verbunden ist, wenn z. B. der Grundstücksbesitzer meilenweit vom Grundstück entfernt wohnt.

Nach Turnau-Förster[2]) muß die Erlaubnis nachgesucht und, wenn sie verweigert wird, auf deren Erteilung geklagt werden.

Dernburg[3]) faßt „gestatten" im Sinne von „dulden" auf mit der Begründung, es wäre unpraktisch, die Aufsuchung von

[1]) Vgl. v. Staudinger S. 49. [2]) Vgl. Turnau-Förster S. 81, [3]) Dernburg S. 97.

einer Erteilung der Erlaubnis abhängig zu machen, weil inzwischen schon z. B. Fische, die auf das Grundstück gelangt seien, verfault sein könnten. Nur dann sei eine Erlaubnis einzuholen, wenn es sich um ein befriedetes Grundstück handle, auf welchem der Grundstücksbesitzer zu finden sei. Allein § 867 unterscheidet nicht zwischen befriedeten und unbefriedeten Grundstücken, auch nicht, ob der Besitzer gegenwärtig ist oder nicht. Wäre „gestatten" im Sinne von „dulden" zu verstehen, dann müßte der Sachbesitzer auch auf befriedeten Grundstücken die Sache ohne Erlaubnis holen dürfen, auch wenn der Besitzer gegenwärtig ist.

Dernburg führt weiter aus, es wäre nicht anzunehmen, daß das Gesetz in allen Fällen nur ein Forderungsrecht auf Gestattung einräumen wolle, da die Motive Bd. 3 S. 298 dagegen sprächen, wenn sie sagten: „Es würde zu der größten Unbilligkeit führen, wenn die tatsächliche Gewalt über das Grundstück benutzt werden könnte, um die fernere Ausübung der tatsächlichen Gewalt über die auf das Grundstück gelangte fremde Sache zu vereiteln. Der Entwurf stellt aus diesem Grunde den Satz auf, daß der bisherige Inhaber der beweglichen Sache derselben auf fremdes Gebiet folgen darf." Hierauf möchte ich entgegnen, daß daraus noch nicht geschlossen werden kann, daß „gestatten" im Sinne von „dulden" aufzufassen ist, daß diese Ausführung der Motive vielmehr als eine Begründung dafür betrachtet werden kann, weshalb dem Grundstücksbesitzer die Pflicht zur Gestattung auferlegt wird. Wohl aber sprechen für „gestatten" im Sinne von „Erlaubnis erteilen" die Worte der Motive[1]): „Die wirksame Versagung oder Erteilung der Zutrittserlaubnis steht nach § 814 bei dem Inhaber und nicht bei dem Besitzer oder Eigentümer, wenn solche nicht zugleich Inhaber sind."

Meisner[2]) weist darauf hin, daß im Gegensatz zum Preuß. ALR. das Bürgerliche Gesetzbuch dem Sachbesitzer nicht das direkte Recht gewährt, die Sache ohne weiteres vom Grundstück zu holen, sondern nur das Recht gibt, die Gestattung

[1]) Vgl. Motive S. 298, [2]) Meisner S. 24.

der Aufsuchung und Wegschaffung der auf das fremde Grundstück gelangten Sache vom Grundstücksbesitzer zu verlangen.

Nach Kuhlenbeck[1]) ist eigenmächtiger Zutritt nicht gestattet, vielmehr das Betreten von einer erteilten Erlaubnis abhängig, abgesehen von den Fällen, in denen die Einholung der Erlaubnis mit unverhältnismäßigen Weitläufigkeiten verbunden und eine stillschweigende Gestattung anzunehmen wäre. Eine derartige Ausnahme halte ich aber für willkürlich und nicht mit dem Wortlaute des Gesetzes vereinbar.

Nach Biermann[2]) bedarf es einer Zulassung von seiten des Grundstücksbesitzers, abgesehen von Fällen, in denen er nach § 229 oder § 904 ein Recht zur Eigenmacht für gegeben hält.

Nach Bekker[3]), Maenner[4]) ist ein Verfolgungsrecht ohne weiteres ausgeschlossen, der Sachbesitzer hat die Erlaubnis von dem Grundstücksbesitzer zu erbitten, dieser ist verpflichtet, sie zu gewähren.

Bunsen[5]) führt aus, daß der Sachbesitzer, solange von seiten des Grundstücksbesitzers kein Widerspruch erfolge, zu der Annahme berechtigt sei, daß der Grundstücksbesitzer mit der Abholung einverstanden sei, da ja dieser zur Erteilung der Erlaubnis verpflichtet sei. Bis dahin liege keine verbotene Eigenmacht vor, erst dann, wenn Widerspruch erfolge, müsse der Sachbesitzer davon absehen und gerichtlich vorgehen.

Ähnlich hält Cosack[6]) das Betreten des Grundstücks für erlaubt, wenn damit gerechnet werden kann, daß der Grundstücksbesitzer damit einverstanden wäre, wenn er davon Kenntnis hätte, sonst aber müsse seine Erlaubnis eingeholt, bzw. müsse, wenn diese verweigert würde, geklagt werden.

Gierke[7]) unterscheidet sich von Cosack nur dadurch, daß er die Annahme des Einverständnisses nur bei einem offenen Grundstücke voraussetzt, wenn niemand in der Nähe ist, der zur Gestattung befugt wäre.

Nach Enneccerus, Kipp und Wolff[8]) darf die Sache nicht,

[1]) Kuhlenbeck S. 622. [2]) Vgl. Biermann S. 32, [3]) Bekker Bd. 34 S. 19, [4]) Maenner S. 151, [5]) Bunsen S. 74. [6]) Vgl. Cosack Bd. 2 S. 92, [7]) Gierke, Deutsches Privatrecht, S. 254. [8]) Vgl. Enneccerus, Kipp und Wolff S. 41.

ohne daß der Grundstücksbesitzer vorher gefragt wird, gesucht und geholt, vielmehr muß dessen Genehmigung nachgesucht werden.

Kniep[1]) faßt „gestatten" im Sinne von „nicht hindern" auf, Planck[2]) in dem von „dulden", Endemann[3]) sieht in § 867 eine dingliche Duldungspflicht des Grundstücksbesitzers. Er meint, eine besondere Erlaubnis brauche nicht eingeholt zu werden. Denn was der Gegner gestatten müsse oder nicht verbieten dürfe, brauche man auch nicht von ihm zu erbitten. Nur zur Aufklärung über den Zweck des Eindringens erfordere die Verkehrssitte eine Anzeige oder Verständigung an den Grundstücksbesitzer. Anders stehe es, wenn zur Ergreifung der Sache ein. Eindringen in ein Haus oder in eine Wohnung etwa unter Zertrümmerung eines Fensters erforderlich sei. Dies sei nur im Falle des § 904 gestattet.

Crome[4]) geht noch weiter, insofern er dem Sachbesitzer sogar im Falle des Widerstandes von seiten des Grundstücksbesitzers ein Selbsthilferecht gewährt.

Den obigen Ausführungen möchte ich noch hinzufügen, daß der Sachbesitzer bei offenen Grundstücken sehr häufig die Sache ohne weiteres holen wird, wenn der Grundstücksbesitzer abwesend ist, er verübt dann zwar verbotene Eigenmacht, aber diese wird für ihn im allgemeinen keine rechtlichen Nachteile zur Folge haben, soweit nicht durch das Betreten dem Grundstücksbesitzer ein Schaden entstanden ist.

Über die Frage: „Was hat der Grundstücksbesitzer zu gestatten?" sagt das Gesetz: „die Aufsuchung und Wegschaffung," d. h. alle Handlungen, die dazu erforderlich sind, damit die Sache vom Grundstück geholt werden kann.

Der Sachbesitzer kann z. B. verlangen, daß er das Grundstück betreten darf, daß die Tür geöffnet wird, die zu dem betreffenden Grundstück führt. Es ist ihm zu gestatten, daß er an den Baum, auf dem sich die Sache befindet, eine Leiter anlehnt und hinaufsteigt, die Falle öffnet, in der sich sein Hund befindet usw.

---

[1]) Vgl. Kniep S. 477, [2]) Planck S. 59, [3]) Endemann S. 190 Anm. 24b. [4]) Crome S. 239.

3. Kapitel.

§ 4.

Wem steht der Abholungsanspruch zu?

Nach § 867 kann der unmittelbare Besitzer den Abholungsanspruch geltend machen. Ich glaube, daß in den Worten „aus der Gewalt des Besitzers" unter „Besitzer" nur der unmittelbare Besitzer zu verstehen ist, da die Rechtsbehelfe des mittelbaren Besitzers in § 869 behandelt sind.

Nach § 869 Satz 3 hat der mittelbare Besitzer den Abholungsanspruch für den Fall, daß der unmittelbare Besitzer den Besitz nicht wieder übernehmen kann oder will.

Gleicher Ansicht sind auch Strohal[1]), Kniep[2]), Kretzschmar[3]).

Man könnte auch der Ansicht sein, daß der mittelbare Besitzer neben dem unmittelbaren zunächst das Recht hat zu verlangen, daß dem unmittelbaren Besitzer die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache gestattet wird, und erst dann, wenn dieser den Besitz nicht wieder übernehmen kann oder will, verlangen kann, daß ihm die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache gestattet wird[4]). Man könnte dies analog aus § 869 Abs. 2 folgern. Dort bestimmt der Gesetzgeber ausdrücklich, daß zunächst der mittelbare Besitzer berechtigt sein soll, die Wiedereinräumung des Besitzes an den bisherigen Besitzer zu verlangen, und erst dann, wenn dieser den Besitz nicht wiederübernehmen kann oder will, verlangen kann, daß ihm der Besitz eingeräumt wird. Meines Erachtens hätte der Gesetzgeber auch bezüglich des Abholungsanspruches ausdrücklich erwähnt, daß der mittelbare Besitzer in erster Linie nur Gestattung der Aufsuchung und Wegschaffung der Sache durch den unmittelbaren verlangen könne, wenn dies sein Wille gewesen wäre. Gerade daraus, daß er dies unterlassen hat, kann geschlossen werden, daß der mittelbare Besitzer den Abholungsanspruch nur subsidiär haben soll.

---

[1]) Vgl. Strohal S. 56, [2]) Kniep S. 478, [3]) Kretzschmar S. 40, [4]) v. Staudinger S. 59.

Nach Schröder[1]) ist in § 867 unter Besitzer der unmittelbare wie der mittelbare zu verstehen und steht dem mittelbaren der Abholungsanspruch dann zu, wenn die Sache auch aus seiner Gewalt gelangt sei. Die Gründe, die gegen diese Ansicht sprechen, sind bereits oben erwähnt. Auch halte ich es für überflüssig, wenn der unmittelbare Besitzer den Abholungsanspruch neben dem mittelbaren hat.

Möglich ist, daß der mittelbare Besitzer zu einem Dritten in einem Verhältnisse der in § 868 bezeichneten Art steht. Man kann dann den mittelbaren Besitzer, von dem der unmittelbare seinen Besitz ableitet, als Besitzer ersten Grades und den Dritten als Besitzer zweiten Grades bezeichnen. Aus § 871 in Verbindung mit § 869 Satz 3 ergibt sich, daß der mittelbare Besitzer zweiten Grades den Abholungsanspruch erst hat, wenn ihn der unmittelbare Besitzer oder der Besitzer ersten Grades nicht geltend machen kann oder will. Denn nach § 869 Satz 3 hat der mittelbare Besitzer zweiten Grades den Abholungsanspruch erst, wenn ihn der bisherige Besitzer nicht geltend machen kann oder will, der bisherige Besitzer ist aber in diesem Fall der mittelbare Besitzer ersten Grades, und dieser wiederum hat ihn erst, wenn ihn der unmittelbare Besitzer nicht geltend machen kann oder will.

Dem Besitzdiener steht der Abholungsanspruch nicht zu, denn § 867 spricht nur vom Besitzer, auch sonst erwähnt das Gesetz nichts davon, daß der Besitzdiener abholungsberechtigt sein soll.

Nach Kretzschmar[2]) kann der Besitzdiener zwar nicht klagen, aber das Recht zur Gestattung der Aufsuchung und Wegschaffung der Sache außergerichtlich ausüben.

Kuhlenbeck[3]) will aus § 860 analog schließen, daß der Besitzdiener in Ausübung des dem Besitzer zustehenden Rechts außergerichtlich den Abholungsanspruch geltend machen könne, ein Klagrecht gewährt er ihm nicht.

Strohal[4]) erwähnt den Besitzdiener als Abholungsberechtigten nicht, daraus wird zu schließen sein, daß er ihm das Ab-

[1]) Vgl. Schröder S. 42, [2]) Kretzschmar S. 36, [3]) Kuhlenbeck S. 623, [4]) Strohal S. 56.

holungsrecht abspricht, sei es als Klagrecht, sei es als außergerichtliches in Ausübung für den Besitzer.

Planck[1]), v. Staudinger[2]) erwähnen ausdrücklich, daß dem Besitzdiener der Abholungsanspruch nicht zustehe.

Der Besitzdiener hat das Recht auf Gestattung der Abholung der Sache nicht nur nicht selbständig, sondern er ist auch nicht zur Ausübung desselben für den Besitzer befugt. Denn unter den Rechten des Besitzers, zu deren Ausübung der Besitzdiener befugt ist, erwähnt das Gesetz nur das Selbsthilferecht nach § 859.

Der Grund hierfür liegt meines Erachtens darin, daß mit der Geltendmachung des Abholungsanspruches eine Pflicht zur Schadenersatz- und Sicherheitsleistung verbunden ist, deren Erfüllung dem Besitzdiener nicht zugemutet werden kann. Allerdings ist nicht zu leugnen, wie Biermann[3]) ganz richtig hervorhebt, daß ein dringendes Bedürfnis vorhanden ist, dem Besitzdiener die Ausübung dieses Rechts zu gewähren, da der Besitzer in vielen Fällen zu spät kommen wird, und in der Tat wird der Besitzdiener sehr häufig als Geschäftsführer ohne Auftrag den Anspruch geltend machen.

Schröder[4]) will dem Besitzdiener die Befugnis zur außergerichtlichen Geltendmachung des Abholungsanspruches mit Rücksicht auf die dringende Notwendigkeit und darauf, daß § 867 und 869 in erster Linie den Schutz des Sachbesitzers bezwecken, zusprechen.

Auch der Mitbesitzer und der Teilbesitzer sind abholungsberechtigt[5]), ein Fall letzterer Art wird freilich in der Praxis selten vorkommen. Bei Mitbesitz hat man zwischen Mitbesitz zu gesamter Hand und Mitbesitz nach Bruchteilen zu unterscheiden. Bei Mitbesitz zu gesamter Hand kann jeder Mitbesitzer die Abholung gemäß § 428 für sich verlangen, bei Mitbesitz nach Bruchteilen kann er nur die Gestattung für alle Mitbesitzer gemäß § 432 verlangen.

---

[1]) Vgl. Planck S. 59, [2]) v. Staudinger S. 49, [3]) Biermann S. 32. [4]) Schröder S. 44, [5]) Gaertner S. 195.

Über die Berechtigung aus § 867 äußern sich die Protokolle[1]) folgendermaßen: „Der Entwurf und die Anträge 1, 3[2]), gewähren den Anspruch dem Eigentümer und dem bisherigen Besitzer der abhanden gekommenen Sache. Der Antrag 2 spricht dagegen schlechthin von dem Berechtigten. Eine Abstimmung wurde über diesen abweichenden Vorschlag nicht herbeigeführt, nachdem Einigkeit darüber erzielt war, daß als berechtigt sowohl der Eigentümer als der bisherige Besitzer der Sache anzusehen sei und der Redaktion überlassen werden könne, ob dies ausdrücklich hervorzuheben sei.

§ 5.

Gegen wen richtet sich der Abholungsanspruch?

Im 1. Entwurf stand § 867 im 4. Abschnitte unter den Vorschriften über „Inhalt und Begrenzung des Eigentums". § 867 lautete: „Der Eigentümer eines Grundstücks, auf dessen Gebiete

---

[1]) Vgl. Prot. S. 165, [2]) Prot. S. 164. Antrag 1 lautete: die Vorschrift dahin zu ändern: Befindet sich auf einem Grundstück eine fremde Sache, so ist der Besitzer desselben verpflichtet, demjenigen, welchem die Sache abhanden gekommen ist, sowie dem Eigentümer der Sache die zu deren Aufsuchung und Wegschaffung erforderlichen Handlungen zu gestatten. Der Berechtigte hat den aus diesen Handlungen entstehenden Schaden dem Besitzer zu ersetzen.

Antrag 2 bezweckte, die Vorschrift, ihre Stellung vorbehalten, dahin zu beschließen: Ist auf ein Grundstück eine fremde Sache durch Zufall gelangt oder befindet sich sonst eine fremde Sache auf einem Grundstück, ohne daß der Besitzer des Grundstücks ein Recht in Ansehung derselben in Anspruch nimmt, so hat der Besitzer dem Berechtigten die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache zu gestatten. Der Besitzer ist verpflichtet, den durch die Aufsuchung und Wegschaffung entstandenen Schaden zu ersetzen. Ist die Entstehung von Schaden zu besorgen, so kann die Gestattung verweigert werden, bis wegen Ersatzes Sicherheit geleistet ist.

Eventuell: Befindet sich auf einem Grundstück eine fremde Sache, in Ansehung deren der Besitzer des Grundstücks ein Recht nicht in Anspruch nimmt, so hat der Besitzer usw. (wie oben).

Antrag 3 ging dahin, den Absatz 1 wie folgt zu ändern: Befindet sich auf einem Grundstück eine fremde bewegliche Sache, so ist der Eigentümer wie der Besitzer des Grundstücks verpflichtet, dem Eigentümer oder dem bisherigen Besitzer der Sache die zur Aufsuchung und Fortschaffung erforderlichen Handlungen zu gestatten, es sei denn, daß er den Besitz der Sache erworben hat.

eine fremde bewegliche Sache sich befindet, hat dem Eigentümer oder bisherigen Inhaber der letzteren die zur Aufsuchung, Erlangung und Fortschaffung der Sache erforderlichen Handlungen zu gestatten.

Der Eigentümer oder bisherige Inhaber der beweglichen Sache hat dem Eigentümer des Grundstücks den aus diesen Handlungen entstehenden Schaden zu ersetzen, und wenn ein solcher zu besorgen ist, wegen Ersatzes desselben vorher Sicherheit zu leisten." Gestattungspflichtig war also der Eigentümer des Grundstücks und somit auch der Besitzer.

Die Protokolle[1]) äußern sich hierzu: „Die Mehrheit der Kommission sprach sich dafür aus, dem Besitzer die Duldungspflicht aufzuerlegen. Erwogen war: Es erscheine am Einfachsten und Natürlichsten, denjenigen zur Duldung der auf die Wiedererlangung der Sache gerichteten Handlungen zu verpflichten, in dessen unmittelbaren Machtkreise sich die Sache befinde. Der nichtbesitzende Eigentümer, z. B. der Verpächter des Grundstücks, sei in der Regel gar nicht in der Lage, ein Verbietungsrecht auszuüben, weil er von dem betreffenden Vorfall gar keine Kenntnis habe; in der Regel werde er auch kein Interesse daran haben, die auf die Wiedererlangung der abhanden gekommenen Sache gerichteten Handlungen zu untersagen, weil er hierdurch in der Ausübung seines Eigentums nicht gestört werde."

Nach den Protokollen ist also unter „Besitzer des Grundstücks" in § 867 nur der unmittelbare Besitzer zu verstehen, zumal da sie demjenigen, in dessen unmittelbaren Machtkreise sich die Sache befindet, als nicht besitzenden Eigentümer den Verpächter gegenüberstellen.

Indessen können Fälle eintreten, in denen auch der mittelbare Besitzer ein Interesse daran hat, dem Sachbesitzer den Zutritt, wenigstens ohne genügende Sicherheitsleistung, zu verwehren. Z. B. Auf einer von zwei aneinanderstoßenden Wiesen hat sich ein Tennis- oder Fußballklub etabliert[2]), während der Nießbraucher oder Mieter des Nachbargrundstücks, auf das

[1]) Vgl. Prot. S. 165. [2]) Vgl. Crome S. 238.

Über die Berechtigung aus § 867 äußern sich die Protokolle[1]) folgendermaßen: ..Der Entwurf und die Anträge 1, 3[2]), gewähren den Anspruch dem Eigentümer und dem bisherigen Besitzer der abhanden gekommenen Sache. Der Antrag 2 spricht dagegen schlechthin von dem Berechtigten. Eine Abstimmung wurde über diesen abweichenden Vorschlag nicht herbeigeführt, nachdem Einigkeit darüber erzielt war, daß als berechtigt sowohl der Eigentümer als der bisherige Besitzer der Sache anzusehen sei und der Redaktion überlassen werden könne, ob dies ausdrücklich hervorzuheben sei.

§ 5.

Gegen wen richtet sich der Abholungsanspruch?

Im 1. Entwurf stand § 867 im 4. Abschnitte unter den Vorschriften über „Inhalt und Begrenzung des Eigentums". § 867 lautete: „Der Eigentümer eines Grundstücks, auf dessen Gebiete

---

[1]) Vgl. Prot. S. 165, [2]) Prot. S. 164. Antrag 1 lautete: die Vorschrift dahin zu ändern: Befindet sich auf einem Grundstück eine fremde Sache, so ist der Besitzer desselben verpflichtet, demjenigen, welchem die Sache abhanden gekommen ist, sowie dem Eigentümer der Sache die zu deren Aufsuchung und Wegschaffung erforderlichen Handlungen zu gestatten. Der Berechtigte hat den aus diesen Handlungen entstehenden Schaden dem Besitzer zu ersetzen.

Antrag 2 bezweckte, die Vorschrift, ihre Stellung vorbehalten, dahin zu beschließen: Ist auf ein Grundstück eine fremde Sache durch Zufall gelangt oder befindet sich sonst eine fremde Sache auf einem Grundstück, ohne daß der Besitzer des Grundstücks ein Recht in Ansehung derselben in Anspruch nimmt, so hat der Besitzer dem Berechtigten die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache zu gestatten. Der Besitzer ist verpflichtet, den durch die Aufsuchung und Wegschaffung entstandenen Schaden zu ersetzen. Ist die Entstehung von Schaden zu besorgen, so kann die Gestattung verweigert werden, bis wegen Ersatzes Sicherheit geleistet ist.

Eventuell: Befindet sich auf einem Grundstück eine fremde Sache, in Ansehung deren der Besitzer des Grundstücks ein Recht nicht in Anspruch nimmt, so hat der Besitzer usw. (wie oben).

Antrag 3 ging dahin, den Absatz 1 wie folgt zu ändern: Befindet sich auf einem Grundstück eine fremde bewegliche Sache, so ist der Eigentümer wie der Besitzer des Grundstücks verpflichtet, dem Eigentümer oder dem bisherigen Besitzer der Sache die zur Aufsuchung und Fortschaffung erforderlichen Handlungen zu gestatten, es sei denn, daß er den Besitz der Sache erworben hat.

eine fremde bewegliche Sache sich befindet, hat dem Eigentümer oder bisherigen Inhaber der letzteren die zur Aufsuchung, Erlangung und Fortschaffung der Sache erforderlichen Handlungen zu gestatten.

Der Eigentümer oder bisherige Inhaber der beweglichen Sache hat dem Eigentümer des Grundstücks den aus diesen Handlungen entstehenden Schaden zu ersetzen, und wenn ein solcher zu besorgen ist, wegen Ersatzes desselben vorher Sicherheit zu leisten." Gestattungspflichtig war also der Eigentümer des Grundstücks und somit auch der Besitzer.

Die Protokolle[1]) äußern sich hierzu: „Die Mehrheit der Kommission sprach sich dafür aus, dem Besitzer die Duldungspflicht aufzuerlegen. Erwogen war: Es erscheine am Einfachsten und Natürlichsten, denjenigen zur Duldung der auf die Wiedererlangung der Sache gerichteten Handlungen zu verpflichten, in dessen unmittelbaren Machtkreise sich die Sache befinde. Der nichtbesitzende Eigentümer, z. B. der Verpächter des Grundstücks, sei in der Regel gar nicht in der Lage, ein Verbietungsrecht auszuüben, weil er von dem betreffenden Vorfall gar keine Kenntnis habe; in der Regel werde er auch kein Interesse daran haben, die auf die Wiedererlangung der abhanden gekommenen Sache gerichteten Handlungen zu untersagen, weil er hierdurch in der Ausübung seines Eigentums nicht gestört werde."

Nach den Protokollen ist also unter „Besitzer des Grundstücks" in § 867 nur der unmittelbare Besitzer zu verstehen, zumal da sie demjenigen, in dessen unmittelbaren Machtkreise sich die Sache befindet, als nicht besitzenden Eigentümer den Verpächter gegenüberstellen.

Indessen können Fälle eintreten, in denen auch der mittelbare Besitzer ein Interesse daran hat, dem Sachbesitzer den Zutritt, wenigstens ohne genügende Sicherheitsleistung, zu verwehren. Z. B. Auf einer von zwei aneinanderstoßenden Wiesen hat sich ein Tennis- oder Fußballklub etabliert[2]), während der Nießbraucher oder Mieter des Nachbargrundstücks, auf das

[1]) Vgl. Prot. S. 165. [2]) Vgl. Crome S. 238.

die Bälle ständig hinüberfallen, dauernd verreist ist. Auch kann der mittelbare Besitzer bisweilen sehr wohl in der Lage sein, ein Verbietungsrecht auszuüben. Z. B. er ist gerade auf dem Grundstück anwesend.

Bei Beurteilung der Frage, ob sich der Abholungsanspruch nur gegen den unmittelbaren oder gegen den mittelbaren Besitzer richtet, hat man meines Erachtens davon auszugehen, wem gegenüber der Sachbesitzer sich durch das Betreten des Grundstücks einer verbotenen Eigenmacht schuldig machen würde. Meines Erachtens ist diese nur gegenüber dem unmittelbaren Besitzer möglich; denn verbotene Eigenmacht setzt das Bestehen eines physischen Verhältnisses zwischen Person und Sache voraus, dies besteht aber nur zwischen dem unmittelbaren Besitzer und der Sache, nicht zwischen dem mittelbaren und der Sache. Daher kann nicht der unmittelbare Besitzer gegen den mittelbaren verbotene Eigenmacht üben, wohl aber umgekehrt der mittelbare gegenüber dem unmittelbaren. Daß verbotene Eigenmacht nur gegenüber dem unmittelbaren Besitzer möglich ist, geht auch aus § 869 hervor, wo das Gesetz zwischen unmittelbarem und mittelbarem Besitzer unterscheidet und bestimmt, daß die Ansprüche aus §§ 861, 862 dem mittelbaren Besitzer zustehen, wenn gegen den unmittelbaren verbotene Eigenmacht verübt wird. Wäre verbotene Eigenmacht gegen den mittelbaren Besitzer möglich, dann würde das Gesetz etwa folgendermaßen lauten: Wird gegen den mittelbaren Besitzer verbotene Eigenmacht verübt, so stehen ihm auch die Ansprüche aus §§ 861, 862 zu.

Verbotene Eigenmacht auch gegen den mittelbaren Besitzer halten für zulässig Gierke[1]), Bekker[2]). Die Vertreter dieser Ansicht verstehen unter „Besitzer“ in § 858 den unmittelbaren und den mittelbaren.

Aus dem vorhergehenden ergibt sich, daß der Sachbesitzer durch das Betreten eines in fremdem Besitze befindlichen Grundstückes sich einer verbotenen Eigenmacht schuldig machen

[1]) Vgl. Gierke, Fahrnisbesitz, S. 7, [2]) Bekker Bd. 34 S. 68.

würde, wenn er das Grundstück ohne Erlaubnis des unmittelbaren Besitzers betreten würde. Er hat daher meines Erachtens die Erlaubnis zum Betreten des Grundstücks nur vom unmittelbaren Besitzer einzuholen, nicht vom mittelbaren, wenn er sich keiner verbotenen Eigenmacht schuldig machen will. Auch der mittelbare Grundstücksbesitzer hat die Erlaubnis des unmittelbaren einzuholen, wenn er eine aus seinem Besitz auf das Grundstück geratene Sache holen will. Betritt aber der Sachbesitzer ohne Erlaubnis des unmittelbaren Grundstücksbesitzers das Grundstück, so kann der mittelbare Besitzer gemäß § 869 Satz 1 in Verbindung mit § 862 auf Unterlassung weiterer Störungen klagen, wenn solche zu besorgen sind. Auch kann er nach § 227 und § 229 das Betreten des Grundstücks hindern, nicht aber nach § 859, da dieses Recht der Selbstverteidigung in § 869 unter den Rechtsbehelfen des mittelbaren Besitzers nicht aufgezählt ist.

Der Abholungsanspruch richtet sich also nur gegen den unmittelbaren Besitzer. Gleicher Ansicht sind Planck[1]), Kretzschmar[2]), Maenner[3]), Turnau-Förster[4]). Nach v. Staudinger[5]), Strohal[6]), Gierke[7]) Dernburg[8]), Cosack[9]) steht der Abholungsanspruch gegen den unmittelbaren und den mittelbaren Besitzer zu.

Nach Crome[10]) geht der Abholungsanspruch nur dann gegen den mittelbaren Besitzer, wenn er ein Interesse am Verbieten der Handlung hat.

Endemann[11]) sieht im Betreten des Grundstücks ohne Willen des Grundstücksbesitzers keine verbotene Eigenmacht, soweit nicht Sicherheitsleistung verlangt werden kann, da der Grundstücksbesitzer von Gesetzes wegen zur Gestattung der Aufsuchung und Wegschaffung der Sache verpflichtet sei. Daher handle der Sachbesitzer nicht widerrechtlich, wenn er ohne Willen des Grundstücksbesitzers die Sache hole.

---

[1]) Vgl. Planck S. 53, [2]) Kretzschmar S. 36, [3]) Maenner S. 150 Anm. 3, [4]) Turnau-Förster S. 82, [5]) v. Staudinger S. 49, [6]) Strohal S. 47, [7]) Gierke, Deutsches Privatrecht, S. 254, [8]) Dernburg S. 97, [9]) Cosack Bd. 2 S. 92, [10]) Crome S. 238, [11]) Endemann S. 190 Anm. 24b.

Ich pflichte dieser Ansicht nicht bei. Wenn auch der Grundstücksbesitzer verpflichtet ist, die Erlaubnis zu erteilen, soweit nicht Ausnahmen in Betracht kommen, so gestattet doch das Gesetz im Interesse des Grundstücksbesitzers den Zutritt zum Grundstück nicht ohne weiteres. Es macht ihn vielmehr von einer erteilten Erlaubnis des Grundstücksbesitzers abhängig, und solang diese nicht erteilt wird, ist das Betreten des Grundstücks vom Gesetz nicht gestattet und geschieht ohne Willen des Grundstücksbesitzers, ist also verbotene Eigenmacht. Anders würde es sich verhalten, wenn das Gesetz in § 867 dem Grundstücksbesitzer die Verpflichtung auferlegte, die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache zu dulden, dann wäre das Betreten des Grundstücks ohne Willen des Grundstücksbesitzers zweifellos keine verbotene Eigenmacht, solang nicht der Grundstücksbesitzer das Betreten des Grundstücks verbietet. Anders wäre der Sachverhalt auch, wenn das Gesetz dem Sachbesitzer ein Recht zur Eigenmacht einräumte, dann wäre nicht nur das Betreten des Grundstücks ohne Willen des Grundstücksbesitzers, sondern auch das Betreten gegen den Willen desselben keine verbotene Eigenmacht. In diesem Fall wäre der Sachbesitzer sogar befugt, den Willen des Grundstücksbesitzers mit Gewalt zu brechen.

Der Abholungsanspruch kann auch gegenüber dem Teilbesitzer, z. B. dem Mieter einer Gartenparzelle, geltend gemacht werden. Er kann sich auch gegen die Mitbesitzer richten. Dann ist die Erlaubnis von sämtlichen Mitbesitzern einzuholen.

Nicht kann der Anspruch gegen den Besitzdiener gerichtet werden. Denn nach § 867 hat der „Besitzer" des Grundstücks die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache zu gestatten. Auch ist nach § 858 gegenüber dem Besitzdiener keine verbotene Eigenmacht möglich. Indessen wird der Besitzdiener sehr häufig als Geschäftsführer ohne Auftrag die Abholung gestatten. Wenn z. B. die Knechte auf dem Felde das Getreide abmähen, während der Grundstücksbesitzer abwesend ist, dann wird der Sachbesitzer die Zeit nicht erst damit verlieren, den Besitzer des

Grundstücks aufzusuchen, sondern mit Erlaubnis einer der Knechte die Sache holen.

4. Kapitel.

§ 6.

Wesen und Zweck des § 867.

§ 867 enthält einen obligationenrechtlichen Anspruch darauf, daß der Grundstücksbesitzer dem Sachbesitzer das Betreten seines Grundstücks gestattet. Er verleiht dem Sachbesitzer nicht, wie schon oben ausgeführt ist, ein Recht zur Eigenmacht, auch nicht ein obligatorisches Recht auf Duldung. Es handelt sich in § 867 auch nicht um eine Besitzbeschränkung nach Art einer Eigentumsbeschränkung wie z. B. beim Notweg. Dort ergibt sich die Befugnis zum Betreten fremder Grundstücke für den Grundstückseigentümer aus seinem Eigentum am Grundstück, sie ist ein Ausfluß desselben. Die Beeinträchtigung der Benutzung der Nachbargrundstücke zur Herstellung eines Notwegs ist eine Störung seines Eigentums, gegen die er mit der Eigentumsstörungsklage vorgehen kann. § 867 ist nicht so aufzufassen, daß der Sachbesitzer auf Grund seines Besitzes an der Sache dieselbe sich ohne weiteres auf dem fremden Grundstück holen darf und daß die Verhinderung der Abholung einen Eingriff in seinen Besitz an der Sache darstellt; denn dann würde für den Sachbesitzer ein Anspruch erst mit der Verhinderung der Abholung entstehen, und zwar ein solcher auf Unterlassung der Besitzstörung. Dies ist aber in § 867 nicht der Fall, Denn § 1005 spricht von einem „Anspruch", der in § 867 geregelt ist. Dieser Anspruch ist in § 867 an die Tatsache geknüpft, daß eine Sache aus der Gewalt des Sachbesitzers auf das Grundstück gerät, nicht daran, daß der Besitzer des Grundstücks die Abholung verwehrt. Der Abholungsanspruch ist somit auch kein possessorischer, da ein solcher auf Grund eines Eingriffs in den Besitz entsteht, dieses Ereignis aber, daß die Sache auf das Grundstück gerät, keinen Eingriff in den Besitz darstellt.

Außerdem würde die Auffassung des Abholungsanspruches als possessorischen und des § 867 als Besitzbeschränkung nach Art einer Eigentumsbeschränkung des Notwegs voraussetzen, daß der Besitz an der Sache noch fortbesteht, nachdem sie auf das Grundstück geraten ist, in den Fällen des § 867 aber ist der Besitz dadurch, daß die Sache auf das Grundstück geraten ist, beendigt, wie oben erwähnt. Vielmehr entsteht durch die Tatsache, daß die Sache auf das fremde Grundstück gelangt, eine rechtliche Beziehung zwischen Sach- und Grundstücksbesitzer, wonach der erstere zur Gestattung der Abholung berechtigt, der letztere verpflichtet wird, dadurch erwächst zugleich der Abholungsanspruch.

Für einen possessorischen Anspruch halten den Abholungsanspruch v. Staudinger[1]), Schröder[2]), Straßner[3]); auch Strohal[4]) spricht von einem „besitzrechtlichen" Anspruch.

Turnau-Förster[5]), Neumann[6]), Biermann[7]), Matthiaß[8]), Kretzschmar[9]), Maenner[10]), Planck[11]), Dernburg[12]) äußern sich nicht darüber, ob der Abholungsanspruch seiner rechtlichen Natur nach ein obligationenrechtlicher oder possessorischer ist.

Crome[13]) äußert sich zur rechtlichen Natur des Abholungsanspruches wie folgt: „Der Anspruch ist kein possessorischer. Verbotene Eigenmacht hat nicht stattgefunden. Der Inhalt des Anspruchs geht weder gegen eine stattgefundene Besitzentziehung noch gegen eine Besitzstörung. Er hat exhibitorischen Charakter, unterscheidet sich aber von dem allgemeinen Vorlegungsanspruch der §§ 809, 811 BGB. in den Voraussetzungen und im Inhalt."

Cosack[14]) hält den Besitzanspruch für einen petitorischen.

Der Abholungsanspruch soll meines Erachtens ein schleuniges Mittel für den Sachbesitzer sein, die aus seiner Gewalt auf das fremde Grundstück geratene Sache wiederzubekommen. Klage und Zwangsvollstreckung auf Gestattung der Abholung

---

[1]) Vgl. v. Staudinger S. 49. [2]) Schröder S. 40, [3]) Straßner S. 44, [4]) Strohal S. 54, [5]) Turnau-Förster S. 81, [6]) Neumann S. 660, [7]) Biermann S. 33, [8]) Matthiaß S. 17, [9]) Kretzschmar S. 36, [10]) Maenner S. 150 f., [11]) Planck S. 58, [12]) Dernburg S. 97 f., [13]) Crome S. 238 N. 2, [14]) Cosack S. 91.

ist daher praktisch ausgeschlossen. Ehe ein derartiger Prozeß entschieden wird, ist z. B. die Taube auf dem Dache, die geholt werden soll, längst davon geflogen, der auf das fremde Grundstück gelaufene Hund schon lange weggelaufen, die in den Nachbarhof gefallene Wäsche unbrauchbar geworden.

Auch bezweckt § 867 eine gütliche Regelung. Nicht liegt es meines Erachtens im Willen des Gesetzes, den Grundstücksbesitzer dazu zu zwingen, daß er gestattet, daß der Sachbesitzer wider seinen Willen sein Besitztum betritt, solang er seinen Besitzwillen bezüglich der auf das Grundstück geratenen Sache noch nicht betätigt hat. Denn er hat zu bestimmen, wer sein Grundstück betreten darf. Gestattet er die Abholung nicht, so wird er nicht zur Gestattung der Abholung gezwungen, aber er kann nach § 284 f. durch Nichterfüllung der ihm obliegenden Pflicht zur Gestattung schadenersatzpflichtig werden.

Nach v. Staudinger[1]), Neumann[2]), Biermann[3]), Crome[4]), Dernburg[5]) ist Klage und Zwangsvollstreckung nach §§ 890, 892 und 893 ZPO. zulässig.

Matthiaß[6]) äußert sich nicht, ob aus § 867 geklagt und vollstreckt werden kann.

Turnau-Förster[7]), Kretzschmar[8]), Cosack[9]) sprechen nur von Klage aus § 867, nicht von Zwangsvollstreckung.

Nach Maenner[10]) kann geklagt und nach § 894 ZPO. vollstreckt werden.

Planck[11]) nimmt an, daß aus § 867 geklagt und nach § 890 ZPO. vollstreckt werden kann. Er äußert hierzu: „Die praktische Bedeutung liegt weniger darin, daß der Sachbesitzer danach den Grundstücksbesitzer nötigenfalls zur Duldung durch Klage und Zwangsvollstreckung zwingen kann, da er die Sache auf diesem Wege regelmäßig nicht rechtzeitig zurückerlangen würde, als vielmehr darin, daß durch die in § 867 enthaltene, die beiderseitigen Interessen berücksichtigende gesetzliche Regelung des Falles eine entsprechende gütige Regelung gefördert wird."

[1]) Vgl. v. Staudinger S. 49, [2]) Neumann S. 660, [3]) Biermann S. 33, [4]) Crome S. 241, [5]) Dernburg S. 97 Nr. 4, [6]) Matthiaß S. 17, [7]) Turnau-Förster S. 81, [8]) Kretzschmar S. 36, [9]) Cosack S. 92, [10]) Maenner S. 151 Anm. 7, [11]) Planck S. 58.

Streitig ist, ob der Grundstücksbesitzer aus anderen, gesetzlich nicht geregelten Gründen die Gestattung verweigern darf, z. B. weil ihm als Fabrikherrn daran liegt, keinen Fremden auf sein Gebiet zu lassen, da Fabrikgeheimnisse entdeckt werden könnten, weil das Betreten des betreffenden Raumes mit Lebensgefahr verknüpft ist, weil er fürchtet, der Sachbesitzer werde beim Abholen der Sache Gegenstände stehlen.

Bekker[1]), v. Staudinger[2]), Kuhlenbeck[3]) sind der Ansicht, daß der Grundstücksbesitzer in solchen Fällen die Gestattung verweigern darf.

Da das Gesetz lautet: „Der Besitzer des Grundstücks h a t die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache zu gestatten", so kann meines Erachtens die Gestattung nur verweigert werden, soweit gesetzliche Ausnahmen bestehen.

Gleicher Meinung sind auch Biermann[4]), Planck[5]).

Hat der Grundstücksbesitzer derartige Gründe, dann kann er das Abholen der Sache dadurch vermeiden, daß er die Sache selbst holt und herausgibt.

Ferner ist streitig, ob der Grundstücksbesitzer dem Abholungsanspruche gegenüber Einreden aus einem Recht zum Besitz an der Sache hat, ob er z. B. die Gestattung verweigern darf, weil er Eigentümer der Sache ist. Wie schon oben erwähnt, ist der Abholungsanspruch ein obligationenrechtlicher, dies schließt aber nicht aus, daß er auf seiten des Berechtigten und Verpflichteten an die nackte Tatsache des Besitzes an der auf das Grundstück geratenen Sache, bzw. an dem Grundstück geknüpft ist. Daher sind meiner Ansicht nach Einreden aus einem Recht zum Besitz dem Abholungsanspruche gegenüber ausgeschlossen. Auch erwähnt das Gesetz in § 867 keine petitorischen Einreden, während es sie in § 1007 Abs. 3 Satz 2 ausdrücklich hervorhebt.

Derartige Einreden hält ebenfalls Gierke[6]) für ausgeschlossen. Anderer Meinung sind Cosack[7]), Kniep[8]). Sie lassen Einreden aus einem Recht zum Besitz zu und halten sie nur gegenüber

---

[1]) Vgl. Bekker Bd. 34 S. 21, [2]) v. Staudinger S. 50, [3]) Kuhlenbeck S. 623, [4]) Biermann S. 33, [5]) Planck S. 59, [6]) Gierke, Deutsches Privatrecht, S. 254, [7]) Cosack Bd. 2 S. 92, [8]) Kniep S. 420.

den possessorischen Ansprüchen aus §§ 861, 862 gemäß § 863 für unmöglich.

Erörtert werden soll noch die Frage, ob der Grundstücksbesitzer ein Zurückbehaltungsrecht hat wegen Verwendungen, die er auf die Sache gemacht hat. Nach § 273 Abs. 2 kann, wer zur Herausgabe eines Gegenstandes verpflichtet ist, die Herausgabe verweigern, wenn ihm ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand zusteht. In § 273 Abs. 2 handelt es sich um die Verpflichtung, einen Gegenstand herauszugeben, in § 867 um die Verpflichtung, die Abholung zu gestatten. § 273 Abs. 2 findet daher keine Anwendung. Daß der Grundstücksbesitzer berechtigt sein soll, wegen Verwendungen, die er auf die Sache gemacht hat, die Gestattung zu verweigern, hat das Gesetz nicht bestimmt. Der Grundstücksbesitzer hat daher kein Zurückbehaltungsrecht *propter impensas*.

Druck von
Frankenstein & Wagner
Leipzig